

POR

EL CONVENTO DE RELIGIOSAS
DE Sra. SANTA ANA DE ESTA CIUDAD,
DEL ORDEN DE NUESTRA SEñORA DEL CARMEN,
DE LA ANTIGVA, Y REGVLAR OBSERVANCIA,

EN EL PLEITO,

CON LA FABRICA DE LA PARROCHIAL
DE OMNIUM SANCTORUM DE ELLA,

EN EL ARTICULO

DE LA REPOSICION PEDIDA DE LA
providencia de trece de Enero de eſte año; à efecto,
de que ſe declaren por nulos, los Autos remitidos à
eſta Conſervatoria: por las muchas nulidades
intrinſecas, y extrinſecas, que
comprehenden.



OR SUPUESTA; SE DEBERà DISPENSAR la narracion, ò serie del processo, assi por poderla suplir, la puntual relacion, que se hizo à la vista de èl, con todas sus circunstancias: *Omnes omninò causas relationis series comprehendat:* Como por no hacer mas fastidioso el discurso, con su repeticion: *Ut recitata consultatione, quæ ita est dirigenda, prope modum actorum recensione non sit opus;* y bastar, para lo que se ha de fundar: *Actis etiam necessario sociandis. Leg. Si quando,* 3. C. *de relat.* citar, lo precisso de su contexto.

2. Y construido este, con la debida reflexion, se hallarà, que justamente el Convento, protegido de su particular exempcion, ha pedido de todo èl su nulidad:

3. Fundandola, en haversele reconvenido, por la Fabrica *nullitèr, & de facto.* Pignatel. *tom.* 7 *consult.* 10. *num.* 10. En el fuero, y Tribunal de la Jurisdiccion Ordinaria Eclesiastica, que no debiò, y no haver seguido la particular, y privilegiada, con que se halla, y le compete, por su Conservatoria: *Nam actor forum rei sequi debet. Cap. Si Clericus, de for. comp.* Con los concordantes, Leyes del Reyno, y del comun, que juntò Barbos. *in axiom.* 10. *num.* 1. Y por haver faltado à regla tan principal, que debe observarse para qualquier juicio, por su transgresion, y conocida incompetencia, con que lo hizo, se causò la primera nulidad. El Sabell. *in sum. divers. tract.* §. *Nullitas, num.* 1. *Est vitium, sive defectus rei gestæ ob legis transgressionem proveniens.* Pac. Jord. *tom.* 3. *de re jud. lib.* 14. *tit.* 28. *num.* 2.

4. Y que huviesse intervenido, se hace indisputable, atendiendo, à haversele reconvenido, à el Convento executivamente, por la Fabrica, ante Juez incompetente, como lo fue el Señor Provisor de esta Ciudad, y su Arzobispado, por ciento y noventa y tres reales, decursas, de cierto asserto tributo, que expressò estàrsele debiendo, por el importe de nueve años, y dos tercios, *protestando el pedir las demàs en via ordinaria;* y haviendo logrado el pago, por medio de la adjudicacion, de unas tierras, que se le hizo, y aun de unas casas, de que pretendiò tomar possession, en este estado, con mejor acuerdo el Convento acudiò â esta Conservatoria, y suscitò su Jurisdiccion, y con las pri-

meras,

meras, que se despacharon, en su intimacion, el dicho Señor Ordinario, se inhibiò del conocimiento de ellos ; y los mandò remitir, como debia, à ella.

5. En la que, no se pueden tener, ni reputar, por tales Autos, ni proseguirse sus diligencias, y por lo mismo el Convento usando del auxilio de la nulidad, pidiò que se declarassen, por ningunos, fundado, en serlo ipso jure: *Acta coram Judice incompetenti facta, sunt nulla ipso jure.* Idem Sabell. *in §. acta. num.* 2. Y el mismo Pac. Jord. *lib. cit. tit.* 27. *num.* 18. no solo por el fundamento de haverse hecho ante Juez incompetente, juicio, y Tribunal extraño, donde no se debieron hacer; sino es, porque no prueban, ni hacen fè alguna, en aquel proprio, y peculiar, à donde se remiten; bien se ayan traido â èl, ò por competencia, ò avocacion, que de ellos se huviesse hecho, por el Juez proprio, â quien tocaba su conocimiento, como lo resolviò el citado Pignatel. *tom.* 1. *consult.* 128. *num.* 9. Et *tom.* 2. *consult.* 53. *num.* 22.

6. Y especialmente tocò la question el Donato *Prax. Regul. in tract.* 13. *de exempt. Religios. quæst.* 26. *num.* 10, que para el Convento es de la mayor recomendacion, por ser la misma, que se controvierte, donde concluye, que el Señor Conservador, no puede estàr, ni passar por los hechos, en la Jurisdiccion Ordinaria, no tanto por no poderse formar, ante esta, por su conocida incompetencia, ibi: *Nec officit, quod Judicium, ubi inceptum ibidem sit finiendum tum quia Episcopus in Regulares exemptos non potest formare processum informativum, & multo minus decisivum, cum sit Judex omninò incompetens, unde ejus acta, processus, sententiæ, & omnia attentata, ex D. Papæ descisione sunt nulla, & irrita:* quanto, porque no pueden constituir fè, ni prueba alguna, en su Tribunal, à donde fueron remitidos, de que diò la razon, en el mismo tratado, *quæst.* 55. *num.* 2. *Quia cencentur facta, à Judice omninò incompetenti, & illegitimo; tum quia id ipsum, per tota privilegia Summi Pontifices declaraverunt, ut patet ex illis, in quibus expressè omnia annullantur, & irrita esse dicuntur;* como hechos en fraude de la propria, y privativa Jurisdiccion.

7. Y por defraudada, è injustamente ocupada la de esta Conservatoria, con la faccion, de aquellos Autos, se debe juzgar por perverso el juicio, que en ellos se contemplasse, haverse controvertido, segun el sentir del Acevedo, en la Ley 13. *tit.* 13. *lib.* 8.

lib. 8. *Recopilat. num.* 7. *Nam judicium; per usurpationem judicatur perversum, secundum Thom. secunda secundæ, quæst.* 60. *art.* 6. Y que por ello el legitimo, à quien se le remitieron, no estarà obligado â estàr, y passar por ellos; y sì, que se avràn de hacer otros nuevos, en el caso, de que la parte interessada aya de usar de la accion, ò derecho, que le compitiesse contra la otra; ibi: *Non tamen tenetur Judex, cui remissio facta est, stare iis processibus, sed novum processum incohoare. Ut ibi num.* 8. Y la razon es, porque no obligan, en cosa alguna, ni tienen fuerza, ni eficacia la sentencia, ò sentencias, como pronunciadas por Juez no legitimo, ni natural, que las pudiesse pronunciar, ò difinir, lo que està prevenido, y determinado por la ley final, Cod. *Si à non competenti Judice judicatum esse dicatur.* Ibi: *Nequaquam litigatorum sententia, non à suo Judice dicta constringat.*

8. Y en los terminos especiales de la remission, que se hizo de los referidos, en virtud de la inhibicion, que se obtuvo por las primeras Letras, que se despacharon de Conservatoria, por comun sentencia de los Authores, que tocaron la question, està recibida, la de que en ninguna manera, aya de estàr à los tales processos. Pareja *de instrum. edit. tit.* 2. *resolut.* 6. *num.* 112. *Et ipsa actorum* (dice) *deindè facta remissione tribunali, aut Judici, incontentione jurisdictionis obtinenti, ipse nullatenus tenebitur stare actis, sive processui, à remitente fabricato.* De tal suerte, que â el *num.* 118. final concluye: Que la causa para proseguirla en la accion, demanda, ò pretension, que tenga el interessado, es precisso, como indispensable, que la aya de comenzar de nuevo: *Causa denuò discussa rectè procedi poterit*; y que despues para haverlos de citar, en la instancia, que principiare se debe hacer reproduccion de ellos, no para que se tengan por tales *in vim actorum, sed in vim instrumentorum facta reproductione coram Judice competenti.* De este mismo sentir fue el Narbona, *in leg.* 20. *tit.* 1. *lib.* 4. *Recopilat. gloss.* 23. *num.* 11. Ibi: *Tamen hujusmodi processui Inquisitores stare non debent, tamquam ab incompetenti Judice facto::: sed ab Inquisitoribus novus processus formandus est.* Y Martha *in tract. de jurisd part.* 2. *cap.* 32. *num.* 51. *Tamen non debet stari illi processui, tanquam à non competenti fabricato*; en tanto grado, que el Politico Bobadilla, en el *lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 330. tiene por verdaderissimo, è indubitable, que para nada valdrà la confession, ò declaracion hecha en iguales Autos, ò processos; concluyendo,

que esta tiene por opinion mas verdadera: con que si esto milita, con acto tan solemne, y prueba la mayor, y mas privilegiada, que conoce el derecho, se infiere la ninguna estimacion, que deberà darse à las demàs diligencias, y Autos, que se huviessen fulminado, y fabricado con tan conocido defecto.

9. Y es tan general, como comun principio, y por tal lo persuadiò el Vancio, en su tratado *de nullit. process. ac sent. cap Quot, & quibus modis nullitas in judicio proponi,&c. num.* 128. De que siempre, que la nulidad se causasse, bien por defecto de libelo, citacion, ò bien por el de poder, ò mandato, ò de Jurisdiccion, dà por regla fixa, è indisputable, que entonces, *tunc ex integro formabitur novus processus, & nova acta inchoari, & fieri debebunt*: Con que concurriendo en los remitidos tres de los quatro principales defectos, como fue el de Jurisdiccion, falta de poder, y el de citacion, como despues se fundarà, infra *num* 15. y 23. no puede dexarse de declarar por nulos, ni que dexe de hacerse otros nuevos, si los intentare la parte de la Fabrica, poniendose primero, las cosas en el sèr, y estado, que tenian antes de comenzarse, y que el Convento sea restituido en sus proprios bienes *injustè detentis*, como dixo el Donato en el tratado 17 *de Conservatorib. quæst* 12. *à num.* 1. *usque ad* 3. mediante, haversele privado de ellos, fuera de esta Conservatoria, que es â quien toca, por especial privilegio, el conocimiento de sus causas, assi Civiles, como Criminales, y à quien particularmente està encargada la defension de todo ello. Pignatell *tom.* 1. *consult.* 113. *num.* 7. Ibi: *Poteritque manifestas injurias, & violentias, quæ possent per Ordinarios, atque alios inferri Regularibus, arcere, eosque tueri. Quam ob causam Conservatores de jure conceduntur, ut in d. cap. final. Ibi: Et à manifestis injuriis. de offic. deleg. in* 6.

10. Porque como el defecto de Jurisdiccion, sea de suyo insanable, y el mayor, que puede oponerse â qualquiera juicio, por ello, puesto, que es, *sequitur, quod sententiæ, omnisque alius processus sunt nullæ ipso jure*; y por lo mismo, la causa, si se ha de tratar, para controvertirla se ha de empezar de nuevo, *ac propterea, non præstant impedimentum, quominus iterùm causa sit tractanda, & initianda, coram Judice competente, & verè legitimo.* D Salgad. *de supplicat. ad Sanctiss.* 2. *part. cap.* 17. *num.* 32. *&* 34. *&* in fine: *Tum, quod si lis cæpta sit nulla, ex aliquo juris defectu, vel instantia peræmpta, iterùm sit incitanda: tum etiam, quod coram Judice*

rei competenti initianda erit; pues toda la vez, que se mude de fuero, como se verifica en el caso de este articulo, *coram Judice hujusmodi competenti movenda, & initianda erit lis eadem.*

11. Y para exclusion de la objeccion, que puede hacerse, en razon de no haver opuesto el Convento, en tiempo la declinatoria, ni haver suscitado por su exempcion la Jurisdiccion de su Conservatoria, y que por haver sufrido el juicio, y la sentencia aya de estàr â èl, y passar por la que con tanta nulidad se pronunciò, y en esse supuesto, los interessados ayan de continuar las diligencias, pidiendo lo que les pueda convenir, que fue en substancia, lo que se providenciò, por el citado Auto de 13. de Enero de este año: dando la mas cumplida, y convincente, para fundarla no es menester mas, que atender, à que ni el Convento pudo someterse espontaneamente à la Jurisdiccion Ordinaria Eclesiastica, ni en cosa alguna prorrogarla, ni renunciar su proprio fuero, exempcion, ni privilegio, con que se halla, por estarle prohibido, sin el debido consentimiento, ò licencia de su Superior, y no haviendola tenido, pudo mui bien valerse de èl, en qualquiera tiempo, para declinarla, y recurrir â su proprio fuero. Lo primero, se prueba textualmente del cap. *Cum tempore* 5. *de arbit.* ibi: *Cum & si sponte volueris, de jure tamen nequiveris, sine licentia Romani Pontificis renuntiare privilegiis, vel indulgentiis libertatis, quæ Monasterium illud indicant ad Jus, & proprietatem Romanæ Ecclesiæ pertinere,* con otros, que citò el mismo Señor Salgado *de Supplicat. ad Sanctis.* 2. *part. cap.* 11. *à num.* 17.

12. Y â el 55. nos sacò del empeño, con haver controvertido particularmente la question propuesta, y que no la dexassemos en los terminos de la generalidad, que por comun, ò regular podia suplirse su resolucion, y para dàr la que diò, pregunta: *An Moniales potuerint se submittere obedientiæ Ordinarii? Negativè fuit resolutum, quia exemptus, sine licentia Summi Pontificis non potest renuntiare exemptioni, ut est text. rotundus in cap. cum tempore* 5. *de Arbit.* Y la razon es: *Quia interest Romani Pontificis, qui est Superior, subditos suos ab alio non judicari.* Como que por su privilegio, ò exempcion estàn immediatamente sujetos *D. Papæ, & Ecclesiæ Romanæ, quam obrem* (vuelve à repetir) *sine illius licentia, in alium consentire non possunt.* Pues lo contrario seria, en derogacion de la misma urisdiccion Pontificia: *Hoc enim tenderet in derogationem Jurisdictions Pontificiæ.*

13. Con

13. Con que en fuerza de no poder el Convento prorrogar la Jurisdiccion Ordinaria, ni consentir en ella, se sigue legitimamente, que el processo, que se hizo ante ella, y sentencia, que se pronunciò, es nula, no solo, por lo que se dexa fundado, y volviò â comprobar el mismo Señor Salgado *in sua dict. 2. part. cap. 17. num. 35. Quoniam quando jurisdictio nequit prorrogari in præjudicium Superioris prorrogantis, sententia fit nulla ob defectum jurisdictionis,* sino es, que aunque â el Convento se le concediesse essa libertad, ò facultad, â poder renunciar su fuero privilegiado, y que lo huviesse de facto executado, no por esso, ni por semejante renuncia el tal processo, ò sentencia, quedaba convalidado, antes entonces igualmente era nulo, como si no se huviesse hecho prorrogacion, ni renuncia alguna; y assi, lo resuelve con los que cita â el *num. 36.* no solo con el Barbos. en sus *colect. lib. 1. decretat. tit. 43. de Arb. in dict. cap. cum tempore, num. 4.* Ant. Perez *in leg. 2. vers. Unum. tit. 1. lib. 3. Ordin.* Si no es tambien, con Erasm. â Cochier *in tract. de jurisdict. in exempt. 2. part. cap. 40. Processum, & acta esse nulla facta prorrogatione absque consensu Superioris.* Y el mismo Barbos. *Quod si exemptus renuntiet, processus, & sententia non tenet.* Con que aunque se quisiesse arguir de renunciacion tacita, ò expressa, adhuc non obstante, el processo, ò sentencia, que es el principal assumpto de nuestro intento, es nulo de una, ù otra manera, porque, ni se puede perjudicar por la tolerancia de sus Mayordomos, ò Agentes, nacida de conocida ignorancia, ò falta de recuerdo, en el Convento: *Quod potissimum procedit in Monialibus intra claustra degentibus, & ignaris jurium, & constitutionum, nisi speciatim illi declarentur. Nam, ut fœminæ in eis præsumitur ignorantia juris.* Pignatell. *tom. 1. consult. 55. num. 20.* Ni lo puede hacer, para con todo el Orden con la expressa, por poderla el mismo Orden reclamar, ò vindicar, para que no subsista. Lezana *consult. 40. num. 82.* Carlev. *de judic. tit. 1. disput. 2. quæst. 6. sect. 7. à num. 597. usq. ad 599.* respecto à dimanar todo, de un principio, ò raiz infecta. Idem Salgad. *num. 37.* que trae consigo el referido defecto.

14. Lo segundo, porque no le perjudica el no haverlo opuesto incontinenti, por poderlo hacer *etiam post mille annos, & contra rem judicatam.* Idem Author. *loco cit. num. 32. in fine*, respecto de tener para ello una excepcion perpetua, que por ningun estatuto, ò ley jamàs se entiende excluida, in suo *tract. de Regia*

protect.

protect. 4. *part. cap.* 3. *à num.* 123. *usque ad* 125. *Et cap.* 7. *num.* 125. Y tan especial, que en qualquiera tiempo, parte, ò estado, en que se hallasse el pleyto, puede usar de ella. Rodrig. *de mod. & form. vid. & exam. process. cap.* 1. *num.* 51. Y la razon es: *Nam cum consensus privatorum expressè jurisdictionem tribuere non possit. leg. privat.* Cod. *de jurisd. multò minùs tacitè.* Y asi, en el lapso de los sesenta dias prescriptos, por la Ley 2. *tit.* 17. *lib.* 4. *nov. Recopil.* aunque se verifique, *non cencetur consensum à partibus in sententiam nullam, ex defectu jurisdictionis, quinimò elapso termino allegari, & proponi talis nullitas poterit.* Y à el *num.* 52. aunque las partes jurassen de no decir contra ella, *posse nihilominùs nullitatem hanc, ex defectu jurisdictionis, & incompetentiæ allegari, & audiri debent.* Con el Vancio, y Acevedo. Que es, en lo que consiste la principal nulidad.

15. Y la segunda, se verifica, *ex defectu mandati*, por convencerse de todo su contexto, no haverse presentado alguno, ni por Gaspàr de Castro, que pidiò la asserta execucion, ni por Martin Perez Muñoz, que la ha continuado; pues, aunque la Fabrica aora alega serlo titular el ultimo, con lo mismo excluye, el que lo huviesse sido el primero; y de qualquiera suerte, que quiera personar, à los referidos, para haverlos podido principiar, debiò haver precedido, en la presentacion de su libelo necessariamente la del mandato, *in publica forma redactum: leg.* 14. *tit.* 5. *partit.* 3. *leg.* 55. *tit.* 1. *lib* 3. *& leg.* 3. *tit.* 2. *lib.* 4. *Nov. Recopilat.* por las que se dispone, que para que se constituya el exercicio procuratorio, es menester, *ostendere, & producere mandatum procuratorium.* Pareja *de instrum. edit. tit.* 5. *resolut.* 10. *num.* 7. *& aliis sequentibus*: con tal rigor, ò formalidad, que no basta, que el Tabelion, ô Notario, ante quien passaren dè fè de tenerlo, ibi: *Ut nec sufficiat tabelionem fidem, in processu facere, qua asserat procuratorem mandatum habere, requiritur enim, quod instrumentum ipsius mandati, cum effectu apud acta producatur.* Y el Señor Olea *tit.* 1. *quæst.* 5. *num* 6. que por su grande authoridad (no se tendrà, à repeticion, ni superfluidad referir sus palabras) para mayor comprobacion de este medio, ibi: *Necessaria est exhibitio mandati ad lites, & quod appareat de eo, per scripturam, quod non sufficiat, nec probetur, & si Notarius de eo det fidem, & se refferat ad mandatum, à se confectum.*

16. Porque como, en qualquiera juicio, deba constar

de la legitimacion de la persona, especialmente en el executivo; *ab initio, & ante omnia.* Carlev. *de judi. tit.* 2. *disput.* 4. *num.* 21. Como que empieza por captura, y sequestro de bienes; para no cometer agravio, ò injuria, en uno, y otro, solo se puede practicar, concurriendo instrumentos legitimos, que traigan aparejada la execucion, que uno de ellos, como indispensable, es el mandato, quando se pida *non nomine proprio, sed nomine alieno*, y, faltando, ni se deberà pedir, y si se hiciere, el pedimento se deberà repeler de oficio. *Cap. causam.* 9. *de judic.* D. Olea *tit.* 6. *quæst.* 9. *num.* 3. *Tamen ex officio suo nemine petente potest, à limine judicii repellere eum, qui legitimam personam non habeat,* ni despachar, porque de lo contrario serà nula, *num.* 5. Y à el 51. que opuesta la expressa nulidad, *ex defectu mandati,* no por el nuevo poder, que sobreviniere, con ratificacion de lo actuado, se podrà convalidar, la que se huviesse despachado: *Quia post Jus quæsitum parti, quæ de nullitate opposuit, ratificatio nihil operatur.* Y mucho menos, haviendosele seguido à el Convento el incommodo, y dispendio de haverle desapossessionado de sus tierras, con el supuesto de una adjudicacion, sin poder, que la Fabrica huviesse presentado para ello, ni haverlo hecho èl primero, ni el segundo, que tratò de hablar en su nombre.

17. La tercera se califica, *ex defectu instrumenti,* respecto, à que el unico, que se presentò, se reduxo â una Escriptura de venta de una haza de tierra de pan sembrar, de quatro fanegas, llamada, del Palomar, y de algunas partidas de tributo, que en 22. de Octubre del año passado de 1603. se otorgò por Mariana de Azevedo, y Consortes, en favor del R. P. Fr. Juan de Sylva, como Apoderado del Convento, la qual passò ante Melchor de Leon, Escribano publico de esta Ciudad, y en donde expressaron, que por haverse sacado à el pregon ante el mismo Escribano, y rematadose, como en mayor postor, en el dicho Padre, como tal Apoderado, en precio de trescientos ducados de vellon, con el cargo de seiscientos y ochenta maravedis de tributo, y renta en cada un año, que dixeron pagarse â la Parroquial de Omnium Sanctorum, por la memoria, que en ella havia fundado Leonor de Morales, y con el de otro de dos mil novecientos sesenta y tres, que se pagaba à el Convento, para su resguardo, y seguridad, aprobando, como aprobaban, y ratificaban el citado remate, le otorgaron en su consequencia la

Escrip-

Escriptura, que aceptò el referido Padre, en nombre del Convento, en virtud del poder, que dixo, le havia otorgado en uno de los dias del mes de Octubre del año passado de 1697. por ante Diego Rodriguez, Escribano publico de esta Ciudad, cuyo poder no se enuncia en la Escriptura haverse mostrado, ni exhibido por el tal Apoderado, ni que como precisso, se huviesse insertado en ella.

18. Que siendo referente este instrumento de venta à el poder, como à el de la memoria fundada, por la Leonor de Morales, para que huviesse podido justificarse el precepto executivo, que se librò solo en virtud de èl, debiò haverlo acompañado, y presentadose con èl, los otros dos relatos, à que se refiriò, por no traerlo aparejado, sin ellos, el referente.

19. Porque siendo, lo que pudo dàr validacion à el remate, y acceptacion de la venta, el poder que el R. P. Fr. Juan de Sylva dixo, tenia del Convento, no haviendo constado este, ni insertadose en la Escriptura, desde luego, por su falta de manifestacion, ò insercion, se convence haver sido nula; por necessitarse, para su perfeccion, bien del especial *ad emendum*, ò bien del general *cum libera*, que es el que *ad minus* se requeria, para que como mandatario, ò procurador pudiesse haver comprado en nombre del Convento: Juxta *leg. Procuratorem*, 16. Cod. *de Procuratorib. leg.* 48. *tit.* 5. *partit.* 5. *Esso mismo serìa quando algun home ficiesse su personero à otro dandole poder, que pudiesse vender, ò comprar alguna cosa, en su nome, señalandole, por quanto precio la vendiesse, ò la comprasse*: con que para vèr si lo tenia, lo debia haver producido à el tiempo de la venta. Hermos. *in dict. leg. gloss.* 5. *à num.* 1. hasta el 8. Surd. *decis.* 231. num. 2. ibi: *Quod si in instrumento dicitur talis, tamquam Procurator talis, ut constat instrumento,&c. non probatur per illa verba eum esse Procuratorem, nisi producatur.* Idem tenet Mascardo, *de probat. conclus.* 924. *num.* 2. Y para reconocer si era bastante, calidades, con que se le havia otorgado, precio, que se le havia señalado, ò si su asignacion havia quedado à su arbitrio, debiò indispensablemente haverse insertado en la Escriptura: *Nam opus est, ut mandati series inseratur principali scripturæ, alioqui dignoci nequibit, an sit sufficiens ad actum, qui geritur.* Faria addit. ad D. Covarr. *in pract. quæst. cap.* 21. *vers. Quod si fiat, num.* 5. Con los muchos, que cita, y, entre ellos, à el Señor Salgado, y à el Señor Castillo.

20. Con

20. Con que para que se huvieſſe podido pedir, y diſcernir el precepto executivo, que ſe librò, fue meneſter, que igualmente ſe huvieſſe preſentado, con la Eſcriptura, el citado poder, mediante, no hallarſe inſerto en ella, aſsi por no baſtar la mencion, que de èl ſe hizo, como porque ſin ſu exiſtencia, ò produccion, no ſe podia conſtituìr en cargo alguno à el Convento, por defecto de obligacion, para la paga de los reditos del tributo, que la Fabrica le pedia, por no poder eſtàr, como inſeparable, lo uno, ſin lo otro.

21. Quod in terminis probatur, ex Jul. Capon. *tom. 4. diſcept. 249. num. 9.* ibi: *Loquitur in caſu procuræ, ſine qua inſtrumentum de per ſe ſtare non poteſt, & partes ſine mandato, non remanerent obligatæ, non conſtito de mandato procuræ, & eo caſu, non creditur de mandato procuræ aſſerente notario.* Con que no haviendo aſſegurado, que lo havia, el Melchor de los Reyes, Eſcribano publico, ni mas que haverlo citado, en la compra, à ſu expreſſion, no ſe le puede dàr eſtimacion alguna; ſegun el Gutierrez, *conſil. 23. num. 10. Unde eſt, quod verba narrativa facientia mentionem de mandato non probant mandatum*; ſin embargo de que aya paſſado ante el miſmo Eſcribano, *etiam ſi notarius refferat ſe ad proprium ejus inſtrumentum: dicens, ut apparet in tali inſtrumento, à me rogato, & confecto, niſi illud producatur.* Y Ciriac. en la *cont. 615. num. 11.* Idem Surd. loco cit *num. 3.* Grat. *diſcept. forenſ. cap. 267. num. 35. Quoniam non creditur notario, quanvis dicat ſe vidiſſe, & legiſſe inſtrumentum alienum, immò neque ſi deponat de inſtrumento proprio, à ſe confecto, etiam ſi agatur de re, quæ fuerit, per eum recenter geſta. Nam taliter aſſerendo deponit ut teſtis; ideo tamquam unicus, & non juratus non probat.* Y no haviendo paſſado ante el referido, ſino es, ante otro diſtinto, ni haverlo la parte de la Fabrica preſentado haſta aora, ſin èl, no pudo ſer exequible, por sì ſola, la Eſcriptura de venta, ni en virtud de ella librarſe la execucion, que ſe deſpachò; por depender la ſubſtancia de ſu obligacion del inſtrumento del poder, à que ſe refiriò: *Quia non prodeſt, nec nocet actus vigore aſſerti mandati factus. Cap. 1. de Procuratorib. leg. 1. ff. eodem. Cum mandatum non præſumatur.* Grat. *in deciſ. 149. num. 10.* y *11.* Como del de la memoria fundada por la Leonor de Morales, de que tambien hizo mencion.

22. Pues ſiendo referente el inſtrumento de Venta à el poder, y à la fundacion de la memoria, ſin la exiſtencia, com-

proba-

probacion, y presentacion de estos relatos, no se debiò pedir la asserta execucion, que se despachò, por no traerla por sì el referente aparejada. Ex text. *in auth. Si quis in aliquo docum.* Cod. *de edend.* Giurb. *decis.* 10. *num.* 15. *Aut instrumenti (quod exequendum petitur) substantia, ad aliud reffertur instrumentum, & tunc executioni locus non erit, nisi prius exhibeatur relatum,* por contemplarse partes formales, los enunciados del primero. Pareja *tit.* 7. *resolut.* 9. *num.* 13. Ibi: *Nam scriptura ad quam relatio fit intelligatur esse pars, scripturæ alterius se referentis ad illam.* Y no poder subsistir *effectualiter* el uno, sin los otros: D. Castillo *controv. lib.* 4. *cap.* 43. *& lib.* 7. *cap.* 5. *num.* 16. donde concluye, que siempre, que no se pueda verificar, de otra manera, lo cierto de una disposicion, obligacion, ò confession, es indubitable, como precisso, que el instrumento relato aya de concurrir, para que en fuerza de èl, y del referente pueda tener lugar la execucion, que se pida. *Item, quia expressa, in eo instrumento, quod exequendum est, obligatio requiritur, & id instrumentum, ad aliud se reffert, ipsum quoque instrumentum relatum producendum est.*

23. La quarta se evidencia, de no haver havido formal citacion de remate, en aquel juicio; pues aunque se mandò intimar, à la Madre Priora, y su Comunidad, faltò la execucion de ella, que es el medio de los extremos, en que consiste: *nempè comissionem judicis, executionem nuntii, illiusque relationem.* Sanfelic. *in prax. sect.* 2. 4 y 5. Por haverse contentado el Notario, à quien se le encargò la diligencia, con haverle hecho saber solo à las Madres Priora, y Subpriora, quando debia ser, à la Comunidad, para poderle practicar *collegialitèr congregatis,* como debia, y no *privatim,* como à particulares, quando no llevaba comission para ello. Card. de Luca *de judic. disc.* 9. *num* 38. *Ita paritèr ubi agatur de causa alicujus Monasterii, vel Conventus Regularis non sufficit citare Abbatem, vel Priorem, sed citatio facienda est totius Conventus, vel Capituli conventualis.* Y à el 41. añade: *Non sufficit citare singulos, etiam si citatio esset eorum in personis, sed citari debet ipsum corpus collegialitèr, seu capitularitèr congregatum.* Con que por no haverse hecho legitimamente, se puede decir mui bien, que no se hizo: *Cum paria sint citationem nullatenus addesse, vel malè executam esse, ob parificationem inter nullum, & nihil.* Idem Luca eodem *disc. num.* 8. Y assi, por su omission, fue nulo tambien el procedimiento *ipsò jure, ex defectu citationis,* por necessitarse de

D ella,

ella, en conformidad de la Ley 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recopilat.*

24. La quinta nulidad, se deduce de la diminucion, y defecto, con que se hizo el nombramiento, de Agrimensor apreciador, para el aprecio de las tierras; por haverse hecho de oficio, y no por las partes litigantes, y aun la citacion, con que se passò, â hacer, padeciò la misma falta, de formalidad, que la antecedente: en cuya prueba se reproducen los mismos fundamentos annotados suprà *num.* 23. Mediante solo haverse entendido, con las dos Madres Claveras, y no con la Priora, y su Comunidad.

25. Y que semejante nombramiento, huviesse padecido el defecto de diminucion, por haverse nombrado uno, y no dos, lo comprueba Pet. Pacion. *de locat. & condut. cap.* 34. *§.* 5. *num.* 17. *Debent autem Periti eligi saltem duo: Si reperiantur.* Grat. *discept. forens. cap.* 235. *num.* 73. Assi, porque *integrum est judicium, quod plurimorum sententiis confirmatur. Cap. Prudentiam in fine de offic. delegat.* Bobadill. *lib.* 2. *cap* 6. *num.* 18. *& seq.* como por ser el estilo, que està observado generalmente, en todos los Tribunales, y ser el usual, y corriente de la Curia Romana, como el de que cada parte debe elegir el suyo; ò mas si lo pidiere la calidad de la cosa, y su aprecio, pues solo, en el caso de negligencia, su nominacion correrà de oficio, como se acostumbra, y su pluralidad se omitirà bien, quando una, y otra parte, se conviniere en uno, ò hallandose, en lugar, en que fuesse unico, pero no, en Sevilla, en donde sobran tantos, *in loco insigni præsumenda est pluralitas Peritorum.* Idem Grat. *loc. citat. num.* 77. Con que siendo la practica, de que las partes, los ayan de nombrar, no se debiò hacer de oficio, privandoles de su eleccion, quando la tienen, por ella, como por la disposicion de derecho del texto, *in leg. Hac ædictali §. His illud,* Cod. *de secund. nupt.* ibi: *Justis prætiis æstimatione habita, per eos quos utraque pars elegerit.* Ciriac. *cont.* 395. *num* 21. 22. y 24. *quia debent eligi de consensu, & consitentibus partium, & partibus tantum discrepantibus eligit Iudex, & non aliter. § Sin autem institut. de satisd. tutor,* con el Menochio, y otros, que cita, y juntò, en la 507. *num.* 7. Y el Tonducto *lib.* 1. *quæst. & resolut. benefic. en la* 55. *num.* 18. *Cum non possit Judex Peritos ex officio nominare, nisi in casum discordiæ partium in nominando, vel contumatiæ.* Y lo mismo resolviò el Gratiano, *cap* 228. *num.* 22. De tal suerte, que haciendose de otra forma la nominacion serà nula.

Præ-

Prædictisque non servatis electio facta est nulla; & vitiat relationem; ita ut non probet, como assi lo sintiò Pacion. *loc. citat. num.* 12. Y el Surd. *consil.* 452. *num.* 37. Y la razon es, porque no fuè intervenida, ni hecha, por las partes, que concurrieron, en aquel juicio, pues para essa circunstancia, *non est opus facto judicis.* Cum leg *in venditione*, §. *final. in fin. ff. de reb. authorit. judic possid.* Respecto, de que *Judex in electione Peritorum intervenire debeat, tamquam compulsor partium ad eligendum, & non tamquam elector, nisi partes discordarent in electione.* Sperelo *decis.* 54. *num.* 43. & *sequenti.* Add. ad Sanfel. *decis.* 389.

26. Pues de lo contrario, independiente de privarles de su eleccion, vendria tambien, à detrimentarseles su defensa, y aun à quebrantarseles su voluntad, confianza, ò inclinacion; que pudieran tener, en la que debian hacer; para mas à su satisfaccion informar, è instruir, à el inteligente, ò Agrimensor; que nombrassen; y por no haverlo hecho el Convento, ni elegido, à el que debia, no pudo enterarlo, de todas aquellas noticias, que conducian, à la perfecta inteligencia del valor de las tierras, ni de lo que ganaban, si el arrendamiento era temporal, ò vitalicio, y que con ellas mejor impuesto, pudiesse proceder, à su aprecio: *Bene tamen procedere debent aliquæ monitiones partium ad informandum ipsum Peritum.* Cardin. de Luca in dict. *tract. de judic. discurs.* 33. *num.* 27. 22. *y* 23. Y para que sin reparo alguno las pudiesse executar, le concediò el derecho la facultad, de que *quælibet partium pro ejus libito, sibi gratum, ac benevolum Peritum nominat, & deputat*, por ser todo lo que es menester, para que pueda perjudicar el aprecio: *Ut dicit Rota, in una Romana prætii.* Idem Pacion. loc. citat. *num.* 13. Y mas quando, para el que se executò, en èl, no solo se considerò la mensura de ellas, para la que bastaba qualquiera, por sujetarse, à el Marco, y cuerda de esta Ciudad. Leg. 3. Cod. *fin. regund.* Et cap. *Quia indicante*, 9. *de præscript.* D. Amaya *de jure fisci tit.* 1. *leg.* 2. *num.* 18. *y* 29. *Si contentio super limitibus oriatur, Agrimensorem unum dumtaxat adhiberi, qui à populo deputatur*: pero no quando, havia de reducirse tambien, à el punto del aprecio, y estimacion de las tierras, porque para ella, no era bastante, que se huviesse executado por uno, por cuya razon, no se puede estàr, à el que se hizo *Quia valor est qualitas intrinseca differens, à substantia rei.* Ut dicit Pacion. eod. tract. *de locat. & condut. cap.* 19. *num.* 88. Pac. Jord. *tom.* 3.

de

de re judic. tit. 17. de probat. num. 585. *Valor enim rei non percipitur oculis, ſed ratione inducitur.* Como que ſon diverſos los ſentidos.

27. Y mediante haverſe faltado en èl, à tanta ſolemnidad, ſe ſiguiò cauſarſe la ſexta nulidad, que conſiſte, en el precio infimo, en que ſe baluaròn las dos hazas de tierra, pues eſtando ganando, en arrendamiento vitalicio 114, reales de renta cada año, no ſe congruencia, aun por las reglas, de qualquiera mediana inteligencia, que ſolo, ſe les huvieſſe conſiderado, por valor liquido, los 1908. en que ſe apreciaron; eſtando linde de las miſmas caſas del barrio de la Macarena: Y para la prueba, ò juicio, que de èl por aora puede hacerſe, y permite el articulo, que ſe ha intentado; omitiendo, aquella concluyente, que requiere la leſion, ſi ſe trataſſe formalmente de ella, y ſolo, para demonſtrar, por ilacion, ò argumento preſumptivamente, que no ſe les diò el legitimo; no es meneſter mas, que atender, à que no correſpondiò, en nada, ni à la locacion *ad longum*, que era el eſtado, que tenian, ni à el arrendamiento temporal, que à ſu reſpecto pudiera hacerſe, de 171. en cada un año; pues aunque las locaciones no prueban, en un todo, el verdadero valor de las coſas, ni ſu leſion, *tamen negare non poteſt, eas facere magnum adminiculum.* Pac. *de loc. & condut. cap.* 19. *num.* 25. Y deberſe atender, por el indicio grande, que conſtituyen. *Rei qualitas, & redituum quantitas æſtimetur* : Leg. *Si Quos* 16. C. *de reſcind. vendit.* Julio Capon. *controverſ. for.* 1. *num.* 44. *Ubi non ſolum attenditur valor fructuum, ſed rei qualitas. Quia valor juſtus probari dicitur ex fructibus.* Urceol. *conſult. forenſ. cap.* 3. *num.* 20. Ciriac. *controv.* 421. *num.* 6. *Redditus ad cognoſcendum rei valorem inſpici debet.* Y la razon es la miſma, que diò el Urceolo *num.* 21. *Quia pro quantitate fructuum ſolent inveniri emptores, & communitèr vendi, ut ait J. C. in L. Si fundus* 13. *ff. de rebus eorum.*

28. Y fundado, en el que pueden ofrecer, para el caſo preſente, y à que el juſto precio ſe regula, por la eſtimacion, y ultimo, que tienen: *Ita ut juſtum prætium ſit conſtituendum ex preſenti æſtimatione.* Gratian. *diſcept. forenſ. cap.* 545. *num.* 9. Regulando el precio de ellas, por el arrendamiento vitalicio, teniendolo por juſto, à un tres por ciento, no ſe pudieron menos de apreciar, que en tres mil y ochocientos reales, con que por eſta conſideracion, vino à conſiſtir el menos valor, que ſe les diò,

en

en mil ochocientos noventa y dos; y haciendose cargo, que para dârlas, en el arrendamiento *ad longum*, se baxò el tercio de aquella renta, que correspondia, à el temporal, que fuè el de cinquenta y siete reales, por ser, en lo que consiste la diferencia de uno, à otro, à este respecto, augmentandoselo, y haciendo la misma quenta, se convence, que el valor, que debia darseles era de cinco mil y setecientos, y en cuya cantidad dexò de considerarseles de menos, la de tres mil setecientos noventa y dos reales: *Ea enim est justa merces, seu pensio rei, quæ solita est, ex consuetudine dari*: Leg *Exceptio. C. locat. Et in specie, quod hæc probatio sufficiat ad hunc effectum probandi læsionem, pro intentanda rescissione contractus.* Idem Pac. *de locat. dict. cap* 19. *num.* 12. *y* 13. Surd. *decis.* 270. *num.* 6. Hermos. *leg.* 56. *tit.* 5. *partit.* 5. *glos.* 6. *num.* 121. Que haviendo intervenido, como se dexa considerar, en la locacion *ad longum* las solemnidades, que son precissas, en aprecios, informacion de utilidad, y decreto judicial, essa misma formalidad califica de justa la dacion, como la pension, que annualmente se estaba pagando, por ellas.

29. La septima, està tan comprobada, como resulta de ella misma, pues haviendose mandado hacer liquidacion, en aquel juicio, como precissa, para la adjudicacion in solutum, en que se havia de recaer, que era lo que pretendia la parte de la Fabrica: *Et ideò necessaria erat liquedatio quantitatis crediti*, que à el mismo proposito dixo el Gratian. *in dict. cap.* 545. *num.* 48. por la razon, que dexò prevenida, â el 47. *Adeo ut creditum, quod est prætium rei adjudicandæ debeat esse certum per se, vel rationem ad aliud*: en la que se formò, por el Contador, à quien tocò, debiendola, haver gobernado, sin salir del credito de las decursas de los nueve años, y dos tercios, que executivamente se havian pedido, confessando, *que la Fabrica havia protestado pedir las demàs en via ordinaria*, no solo comprehendiò los vencidos, en aquella instancia, sino es tambien, passò à liquidar las de treinta y un años, y un tercio, de forma, que contra su misma expression, vino à calcular, las que correspondian, â otras dos mas; que no se havian intentado, coadunandolas, y juntandolas, con la de los nueve años, y dos tercios: La una, por los reditos de un año, que se pudieran haver pedido executivamente: y la otra, de los treinta y un tercio, en que no havia havido condenacion, como que ni se havian pedido, ni por ellos puestole demanda, ni oidole, ni ven-

cidose, à el Convento, en la que debia; y por los de todas tres, tratò de hacer pago, à la Fabrica, con el precio de las tierras, de que le sobraron seis reales, y maravedis, y por los cinquenta y siete cumplimiento, à los sesenta del costo de la liquidacion, se le reservò su derecho, para que los repitiesse contra las demàs fincas, que fue lo que diò motivo, à el procedimiento contra las casas.

30. Y debiendose, haver dado traslado, à el Convento de la liquidacion, para que huviesse representado los reparos, que contenia, en los excessos, que havia padecido, y que con los referidos no podia haver transcendido, à los reditos de las dos instancias, que no se havian intentado, y sì contenidose, en los de la primera; no lo pudo executar, por haverse omitido absolutamente, el que se le debiò dàr, como se practica, en qualquiera calculacion, y previno el Gutierrez, en el primero de sus practicas, *quæst.* 37. *num.* 3. de que despues de executada se aya de mandar dàr por el Juez: *Postea præcipit copiam exhiberi ejusdem partibus, ut intra certum, brevem tamen terminum ab eodem assignatum, dicant adversus eam, si quid habent, quod si non dicatur, approbatur à Judice calculatio.* Rodriguez *de execut. cap.* 1. *art.* 3. *à num.* 21. Porque para recaer en su aprobacion, era menester tomar, sino se decia contra ella, aquel conocimiento, à el menos sumario, que requeria. Escobar *de ratioc. cap.* 31. *num.* 17. *Articulus namque liquidationis, ac rationis dispungendæ instantiam, & causæ cognitionem quamdam (saltim summariam habet.* Y addicionandose, ò exponiendose algunos agravios de ella, entonces el conocimiento, que se le dà, es ordinario, como lo testifica el mismo Gutierrez, en el lugar citado: *Si vero dicatur contra rationes ab utraque, vel altera partium adhibetur causæ cognitio, & profertur sententia probatoria, citando, à las partes ad sententiam diffinitivam audiendam, quam profert Judex approbando, & confirmando, vel emendando, vel revocando in totum, vel pro parte dictam calculationem, prout Jus, & justitia dictaverit, ex actis causæ, & ab hac sententia locum habet appellatio, cum sit via ordinaria, non verò executiva*: por poderseles oponer todas las excepciones legitimas, que huviere contra ella. Ciriac. *cont.* 222. *num.* 2. *Quod in liquidatione opponi possunt omnes legitimæ exceptiones de jure competentes, quæ tendunt contra ipsam liquidationem*; porque su juicio, no goza del privilegio de executivo: *Quod negotium liquidationis non habet privilegium executivum, sed recipit omnes legitimas ordinarii judicii exceptiones.*

31. Y

31. Y à mas del defecto del traslado, padeciò otro, por no haverse aprobado, contra lo dispuesto, por la ley segunda Cod. *de jure fisci*, ibi: *Instar rei judicatæ obtinere minimè potest computatio, à tabulariis facta, nisi sententia procuratoris fuerit confirmata:* Como, que sin ella, ni la calculacion, ò liquidacion pudo estimarse, ni ponerse en execucion: *Quando enim calculatores tamquam periti nominantur, tunc non tamquam Judices, sed veluti testes adhibentur, & talis calculatio habet vim probationis, & ideo nisi Judex confirmaverit, executio non habebit locum.* D. Amaya in dict. *leg. num.* 34. Con que sin estas dos tan essenciales, como precissas circunstancias, de traslado, y aprobacion, precedido el conocimiento de causa, no se debiò passar, en virtud de ella, â hacer à la Fabrica la adjudicacion in solutum, de las dos hazas de tierra, y mucho menos, con el excesso referido.

32. Que es el que acredita la octava nulidad: *Quia adjudicatio stante excessu est in totum nulla.* Gratian. dict. cap. 545. num. 5. Ibi: *Quando adjudicatio fuit excessiva, cum creditum sit scutorum* 1818. *Res autem data in solutum sit valoris scutor.* 3750. *quo excessu stante in totum annullatur, tamquam sit omninò individua:* Y que lo huviesse sido, la que se hizo, se convence, con ella misma, porque no consistiendo, el credito de la Fabrica segun lo que pidiò mas, que en el principal, de 193. reales, reditos de los nueve años, y dos tercios, y las costas, que era lo que rigorosamente podia satisfacerle en aquel juicio, no debiò, sin conocido excesso passarsele, à hacer pago tambien de los que correspondian, à treinta y un año, y un tercio, que no se havian pedido, como và annotado, suprà *num.* 27. Ni haverse dàdo lugar, à que à el Convento se le huviessen consumido los 1908. reales, valor de sus tierras, con que no se puede negar, que fue excessiva la adjudicacion, que se hizo, *ratione quantitatis*, ni que por este excesso, dexasse de ser nula la providencia, en que se le mandò hacer. *Sententia ratione excessus redditur in totum nulla, cum respectu summæ sit individua, ut si quis debitor sit in centum, & condemnetur in ducentum.* Como lo advirtiò, con los que juntò, el Sabell. in dict. sua *summ. divers. tract.* §. *Sententia num.* 21. Porque haviendose de conformar la sentencia, con el libelo, y reducidose, el que se diò limitadamente, à las decursas, que componian los nueve años, y dos tercios, solo con ellas, se debiò entender la adjudicacion, y no extenderse, à las que se protestaron

pedir,

pedir, como que estaban fuera de aquel juicio, que ni se havian pedido, ni demandado: *Extra petita condemnatio sequi non valeat*. Cardin. de Luca, dict. *tract. de judic. discurs.* 8. *num.* 8. pues en otra forma la condenacion serà ipso jure nula, y lo comprueba el Julio Capon. tom. 1. *discept.* 7. *num.* 9. Ibi: *Quod sententia lata super eo, quod non fuit petitum in libello, & super quod lis non fuit contestata, est ipso jure nulla.*

33. Y la razon es, tan adequada, como puntual del texto, in *leg.* 19. *Cum quædam §. Quoties, ff. de jurisdict.* de que la sentencia solo ha de corresponder, à aquello que se ha pedido, y no à lo que se pueda deber. Ibi: *Semper quantum petatur quærendum est, non quantum debeatur,* como que para su prolacion unicamente se atiende, à la peticion del actor: *Semper est attendendum ad petitionem actoris, non vero ad quantitatem obligationis, & debiti.* Zevallos *commun. cont. commun. quæst.* 60. *num.* 5. Pues sobre causa, ò instancia, que no està deducida, ni ventilada entre las partes, aunque en los mismos Autos conste, por deposiciones de testigos, ò verificacion de instrumentos, por ella, en mayor cantidad, ò por cosa diversa, no puede darse sentencia alguna, mientras, que en forma no se intente, ò deduzca, y tenga la contestacion, que debe, y substanciacion, que le corresponda. D. Salgad. *Labyrinth. credit.* 3. *part. cap.* 1. *num.* 30. & *sequenti.* Ibi: *Quoniam super causa non deducta, nec inter partes ventilata, etiam si de ea constet in actis, per testium, aut instrumentorum probationem ferri non potest sententia.*

34. Y es tan reparable el excesso, en las sentencias, que para viciarlas, importa poco, que se contenga, en corta cantidad: *Etiam excessus in modico vitiat sententiam.* Gratian. *discept. forens. cap.* 363. *num.* 6. Con que haviendo consistido, el que se cometiò, en tan gran suma, como es, la de 1715. reales, que es, la que ay de diferencia, desde los 1908. à los 193. que se pidieron, y aun en muchos mas, como se fundarà despues, no se podrà tener, por valido el decreto, ni la adjudicacion, que en su virtud se hizo, no obstante, que la parte de la Fabrica, confessandolo, pretendiesse, que huviesse de correr, por los 193. pues aun todavia, no pudiera llevarse adelante semejante providencia, por ser individua, y no poder subsistir, en parte, y en parte no: *Quia non potest ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere.* Leg. *in hoc judicio, ff. famil. ercisc.*

ercisc. Gratian *cap. 671. num. 22.* Ibi: *Et quamvis pars fateatur istum excessum, & prætendat mandatum sustineri, in residuo, tamen in totum decretum annullatur, nec potest substineri in parte, tamquam individuum.* Por lo qual, ni aun en essos terminos se podia estàr, à èl: *Excessivitatis vitio, ac proinde nullatenus exequendam, tamquam injustam.* Urceol. *consult. forens. cap.89. n.67.*

35. Y que en mas cantidad, se debiesse, entender el referido excesso, lo comprueba la reserva, que se hizo, à la Fabrica, por el mismo Auto de adjudicacion, de cinquenta y siete reales, resto de los derechos de la liquidacion, para que huviesse de proceder, à su cobranza, contra las demàs fincas del Convento, que es, à quanto pudo llegar su desgracia, en aquel juicio; no tanto, para que se le huviessen enagenado las dos hazas de tierra, por los 193. reales, sino es, que por 57. se diesse lugar, à que se le sacassen, à el pregon unas casas, que se apreciaron, en 4598. reales, por aquel Maestro solo, que nombrò la parte de la misma Fabrica, contra lo proprio, que queda fundado, en los num. 25. y 26. Con que se repitiò otra nueva nulidad. Y lo que mas es, que por la parvedad de la materia, ni se debiò haver hecho la reserva, ni darse lugar, à el nuevo procedimiento contra las casas, para que se huviessen causado costas, y â el Convento se le huviesse ocasionado el dispendio, y perjuicio, en la enagenacion de sus fincas: *In exiguis enim, non tam scrupulosa exigitur observatio,* como con las mismas voces lo aconsejò el Politico Bobadilla, *lib. 5. cap. 1. num.* 134. Y aun el J. C. en la ley *Scio, ff. de in integ. restit.* Ibi: *Ne propter satis minimam rem, vel summam, si major rei, vel summæ præjudicetur, audiatur is, qui in integrum restituit postulat,* porque entonces, sin Autos, juicio, ni sentencia se puede hacer el pago de ella (*tunc enim sine scriptis, & sine aliqua expensa cognoscere Præsidem oportet*) *Auth. nisi breves,* Cod. *de sentent. ex peric. recitand.* Como que sobre cosa tan poca no puede caer consideracion, para que formalmente se aya de pedir; *præsertim cum ab omnibus nulla ferè ratio modici haberi soleat.* Narbon. *in leg. 30. tit. 7. lib. 1. de Recopilat. gloss unica, num. 2. y 3.* Por haver otros remedios judiciales, por donde poderse evaquar.

30. Como era, el de una libranza, ò de una possession

sion pretoria, de las mismas tierras, ò casas, pero no permitir, para satisfacer cantidades, de tan corto numero, que se sacassen à el pregon, para su venta, ò enagenacion, quando excedia su precio, y valor en mayor cantidad: *Unde non potest subhasta ponere, pro modica summa rem magni valoris.* Merlino *de Pignorib. & Hypoth. lib. 4. tit. 5. quæst.* 129. *num.* 30. Y por ello, en iguales terminos se juzgò, en la Sagrada Rota, por injusta la subhastacion, de otras casas, que se trataron de enagenar, valiendo 4000. escudos por 200, que se pidieron contra ellas, como lo certifica la decision 172. de las Selectas añadidas, â la materia del Labyrintho del Señor Salgado, *num.* 10. *Concurrit præterea evidens injustitia prædictæ subhastationis, nam pro modico debito, scutorum* 200. *fuerunt subhastatæ domus valoris scutor.* 4000. *ut constat ex relatione Periti in summ. numer.* 2. *Tamen certum est, pro parvo debito, non posse subhastari res magni valoris.* Y à el *num.* 13. *Et probata etiam nullitate, ac injustitia subhastationis, utique concedenda est reintegratio ad possessionem earundem domorum.*

37. Y aun à ello, pudiera haver persuadido, no solo la misma parvedad, sino es, la indefension, que padeciò el Convento: *Indefenso reo, cum istius partes judex suplere teneatur.* Card. de Luc. *tract. de locat. & condut. discurs.* 13. *num.* 1. Atrasos, con que se halla, que son notorios, pues estâ sujeto, â unos meros alimentos, y ser las tierras, y las casas, en donde le estân consignados, por cuyos respectos, pudiera justamente haverse empeñado todo el arbitrio, y aun impartido el oficio, aunque no se huviesse implorado, para que por uno, ù otro medio de la prenda pretoria, ò libranza, se huviesse evaquado aquel procedimiento: Leg. *Divi, ff. ad leg. falcid.* Velazco *de privileg. pauper.* 1. *part. quæst.* 35. *num.* 12. *& seqq.* Ibi: *Officium suum etiam non petitum impartiri judicem debere, licet privatam utilitatem respiciat, si mirabiles respiciat personas, & actum pium.* Y â el 14. repite lo mismo, *in causa alimentorum.*

38. Para que no se huviesse reiterado la enagenacion, ni hechose mas reparable el dispendio, con la adjudicacion de las casas, que tambien se mandò hacer, por la providencia de 10. de Julio del año passado de 740. con la incongruencia, y preposteracion, de que primero, se apossessionasse,

fionasse, â la Fabrica, en ellas, y *tomado, que la huviesse, hacia, è hizo adjudicacion in solutum de ellas*, que es, la novena, y ultima nulidad, porque siendo la adjudicacion in solutum el titulo, que causaba la possesion, que havia de tomar, en virtud de èl, mal podia empezarse, por esta, para adquirir aquel: *Titulus enim dicitur justa causa possessionis.* D. Valenzuel. Velazq. *consil.* 71. *num.* 45. Con que no haviendose debido tomar, como acessoria, sin que huviesse precedido aquel, sin èl, es nula, la que se tomò. Leg. 2. *ff. de bonor. possess. secund. tabul. Et cum possessio sit acessoria, & dependens à titulo, & ipso deficiente, deficiat.* Idem Author. *consil.* 97. *num.* 119, y queda fundada, como las demâs.

39. *Ex quibus omnibus*, espera el Convento, que los referidos Autos se declaren por nulos; tanto, por el principal defecto de Jurisdiccion, con que se hicieron, quanto, por los demâs, que contuvo su procedimiento, y de que solo se ha hecho mencion, de los mas substanciales, pues haviendo de transcender â todos, era menester mayor volumen, de aquel, que pide lo breve de este discurso, dexandolo todo â la superior, y grande comprehension del Señor Conservador: *Ideò que Judex solers, & discretus, & æquitati obsecundare sollicitus, cuncta subtilitèr dispensans, provideat. Cap.* 1. *§. Item. lib.* 2. *feudor. tit.* 24. Cod. *Quæ fuit prim. caus. beneficii amittendi.* Y â la que busca propicia el Convento, por unico asylo de la Justicia, que le asiste. S. T. J. C. D. C. &c. Sevilla, y Mayo 31. de 1742.

Lic. D. Francisco Cortés Hurtado.